

Sygn. akt: KIO 897/11

POSTANOWIENIE
z dnia 5 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Envirotech sp. z o.o. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kaźmierz**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Envirotech sp. z o.o. w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Envirotech sp. z o.o. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Gmina Kaźmierz, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę oczyszczalni ścieków w Kiączyńce wraz z siecią kanalizacji sanitarnej (tzw. układ Kaźmierz - Kiączyn) - etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2011 r. pod poz. 72859.

Na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalono, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 3.921.427,13 euro, a więc, biorąc pod uwagę iż przedmiotem postępowania są roboty budowlane, nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ustalono również, iż w dniu 13 kwietnia 2011 r. zamawiający przekazał faksem wykonawcy Envirotech sp. z o.o. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym” zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Infra sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim. Odwołujący potwierdził w dniu 13 kwietnia 2011 r. fakt otrzymania faksem ww. pisma.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż:

- 1) odrzucając ofertę odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w postaci harmonogramu,
- 2) naruszył przepis art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Infra sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim do udzielenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. zamawiający przesłał faksem odwołującemu zawiadomienie, iż wezwał wykonawcę Infra sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie wobec ustalenia, że cena oferty złożonej przez wykonawcę Infra sp. z o.o. jest rażąco niska, odrzucił tę ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym pismem zamawiający poinformował odwołującego, iż unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 27 kwietnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wobec ustalenia, że szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 1 pkt 2 in initio Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji faksem. Zamawiający informację o czynności odrzucenia oferty odwołującego, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał odwołującemu faksem w dniu 13 kwietnia 2011r. (*dowód: zawiadomienie zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2011 r. znajdujące się w aktach sprawy*), zaś odwołujący potwierdził w dniu 13 kwietnia 2011 r., iż w tej dacie powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty (*dowód: faks w aktach sprawy*). Wobec tej czynności zamawiającego odwołującemu przysługiwało, na zasadzie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp prawo do wniesienia odwołania. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty upływał odwołującemu w dacie 18 kwietnia 2011r. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2011r.

Izba wskazuje w tym miejscu, iż niezasadne jest stanowisko odwołującego, który termin do wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty liczył od dnia 22 kwietnia 2011 r. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający czynności odrzucenia oferty odwołującego dokonał w dacie 13 kwietnia 2011 r., co w sposób jednoznaczny wynikało z pisma przesłanego w tym dniu. Co istotne, zamawiający po tej dacie nie badał ponownie oferty odwołującego, zaś w dniu 22 kwietnia 2011 r. dokonał jedynie czynności odrzucenia jedynej pozostałej w postępowaniu ważnej oferty tj. oferty wykonawcy Infra sp. z o.o. Następnie, na skutek stwierdzenia, że w postępowaniu nie pozostała żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu - unieważnił przedmiotowe postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe czynności zamawiający wykonał w wyniku przesłania przez odwołującego pisma z dnia 18 kwietnia 2011 r. Postępowanie

zamawiającego było wynikiem zastosowania instytucji uregulowanej w art. 181 ustawy Pzp. Na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub o zaniechaniu czynności do której jest obowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Zgodnie zaś z art. 181 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

Instytucja tzw. quasi-protestu, uregulowana w art. 181 ustawy Pzp charakteryzuje się tym, że zamawiający nie jest związany dokonaniem powiadomieniem, a ustawa nie nakłada na niego nawet obowiązku ustosunkowania się do przekazanej informacji. Uznaniu zamawiającego pozostawiono, czy uzna on zasadność powiadomienia i w jakim zakresie, co wynika jednoznacznie z brzmienia art. 181 ust. 2 ustawy Pzp (*por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 181 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.*)

Odwołujący pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r. poinformował zamawiającego, iż jego zdaniem:

- 1) zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Infra sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim do udzielenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
- 2) odrzucając ofertę odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu w postaci harmonogramu,

Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2011 r., uznał on zasadność powiadomienia w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania wykonawcy Infra sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W konsekwencji wezwał on tego wykonawcę na zasadzie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w wyniku oceny tych wyjaśnień odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Zamawiający nie odniósł się zaś do pozostałej części powiadomienia, do czego nie był zobowiązany, albowiem jak wskazano wcześniej, ustawodawca pozostawił tę kwestię jego uznaniu. Stanowisko to mogło wynikać również z okoliczności, iż instytucja quasi protestu nie służy kwestionowaniu czynności, na które przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, a taką czynnością było odrzucenie oferty odwołującego (art. 181 ust. 1 in fine, art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Reasumując, należało stwierdzić, iż zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Infra sp. z o.o. i w konsekwencji - unieważnił postępowanie. Natomiast, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie będąc do tego zobowiązany, nie badał w żadnym zakresie jego oferty, a w szczególności nie odrzucił jej ponownie. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, które musiało poprzedzać odrzucenie oferty wykonawcy Infra sp. z o.o. nie oznaczało bowiem automatycznie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Świadczy to o tym, iż czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający dokonał w dniu 13 kwietnia 2011 r., a nie jak twierdzi odwołujący – ponownie w dniu 22 kwietnia 2011 r.

Okoliczność, iż w dopiero w dniu 22 kwietnia 2011 r., tj. po odrzuceniu przez zamawiającego oferty wykonawcy Infra sp. z o.o., odwołujący mógłby skutecznie kwestionować czynność swego odrzucenia jest bez znaczenia dla biegu terminu do wniesienia odwołania z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Rzeczywiście, skuteczne kwestionowanie czynności odrzucenia swej oferty uzależnione było od posiadania przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwości wykazania szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Brak ww. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania niewątpliwie występował w dniu 13 kwietnia 2011 r. albowiem odwołujący nie mógł z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, kwestionować zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Infra sp. z o.o., który złożył ofertę z niższą ceną. Kwestionując zaś tylko czynność odrzucenia swej oferty odwołujący nie mógłby wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody. Powyższe nie oznacza jednak, że po pojawieniu się przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek odrzucenia oferty wykonawcy Infra sp. z o.o. w dniu 22 kwietnia 2011 r., ulega przywróceniu termin do kwestionowania czynności odrzucenia oferty odwołującego. Termin do wniesienia odwołania, w myśl art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp biegnie od dnia przekazania informacji o czynności, stanowiącej podstawę do jego wniesienia i nie ulega przerwie ani zawieszeniu przez okres w którym wykonawca nie może wykazać interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wniesiono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2011 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: